

Notas sobre Direito Adquirido, Expectativas de Direito e Regras de Transição na Reforma Previdenciária

por Fernando Trindade

1. Com relação ao tema da vigência da reforma previdenciária no tempo cremos que duas posições existentes devem ser evitadas.

A primeira delas diz respeito ao entendimento, partilhado por ilustres juristas, no sentido de que qualquer alteração nas regras da aposentadoria que tornem essas regras mais rigorosas não poderá ser aplicada àqueles segurados que já estão no sistema, sob pena de inconstitucionalidade. Para mais detalhes dessa posição veja-se, por exemplo, o trabalho do ilustre constitucionalista e professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO, *Direito Constitucional Brasileiro (Ed. Del Rey, 1996, v.g. pp. 220/226)*.

Nas palavras do douto publicista:

“A ênfase constitucional de considerar os direitos sociais como direitos imutáveis deixa irretorquível que se trata o direito social, subjetivamente considerado, sempre direito adquirido, não havendo margem para ser tratado como expectativa de direito.

Tratando-se a relação previdenciária de norma e de vínculo que não podem ser alterados, em detrimento do trabalhador, não ocupa o espaço do direito em formação ou da expectativa; nasce como direito adquirido do tipo que está apenas submetido a condição ou termo para ser exercido.” (ob. cit. p. 221)

2. Não obstante os judiciosos argumentos postos pelo ilustre autor supracitado, parece-nos que não lhe assiste razão quanto à impossibilidade de aplicação imediata das novas regras previdenciárias, ainda que essas regras piorem as condições previdenciárias do ponto de vista dos interesses do segurado enquanto tal.

Segundo entendemos, as novas regras previdenciárias podem sim, em princípio, ter aplicação imediata, desde que para o futuro. O que não podem é retroagir para desconstituir direito adquirido ou desconsiderar, em termos absolutos e irrazoáveis, os chamados direitos em processo de aquisição, fazendo tábula rasa do tempo que o segurado já percorreu de acordo com as normas que vigorarem até a mudança do sistema.

3. Neste ponto devemos registrar a outra posição a ser evitada, conforme falávamos acima. Ela está presente, *e.g.*, nos arts. 11 e 14 da proposta original do Poder Executivo que tramitou na Câmara dos Deputados, quando os referidos artigos intentam vedar a invocação de direito adquirido contra as normas neles constantes.

Ora, com a devida vênia, parece-nos que tanto do ponto de vista da doutrina, como, o que mais importa aqui, da jurisprudência, o direito brasileiro caminha a passos largos rumo à aceitação generalizada da tese de que emenda à Constituição não pode ferir direitos e garantias individuais, nada obstante alguns importantes autores dela divergirem. (Quanto a esses últimos, *e.g.*, HUGO DE BRITO MACHADO, *Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*, *Revista dos Tribunais*, Vol. 714, abril de 1995, pp. 21 e 22.)

4. Vejamos, pois, porque emenda à Constituição não pode retroagir para prejudicar direito adquirido ou desconsiderar os direito em aquisição.

A Constituição de 1988 estabelece em seu art. 60, § 4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

São as chamadas limitações materiais ao poder de emendar a Constituição. Anteriormente, em nossa tradição constitucional, essas limitações materiais restringiam-se à Federação e à República. O constituinte de 1988 retirou a República do rol das “cláusulas pétreas”, mas acrescentou a separação de poderes, o direito de voto e os direitos e garantias individuais.

5. Entre os direitos e garantias individuais o legislador constituinte arrolou em seu art. 5º, XXXVI, o direito adquirido.

E direito adquirido está definido na lei brasileira como aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a juízo de outrem. (art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.567/42).

Parenteticamente, adende-se que a redação original do decreto-lei acima (note-se que o País vivia sob a ditadura do Estado Novo) estabelecia que a lei de ordem pública poderia retroagir, inclusive para desconstituir direitos adquiridos se assim dispusesse. Posteriormente, sob o sistema da Constituição de 1946 o texto do Decreto-lei nº 4.567/42 foi alterado, ficando suprimida tal regra restritiva de direitos.

6. Outrossim, o *caput* do art. 5º do Estatuto Supremo de 1988 garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à segurança. E é sabido que um dos princípios basilares da segurança jurídica está na relativa certeza conferida aos sujeitos de direito no sentido de que ***“...as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.”*** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 1989, p. 373*).

7. Por conseguinte, o direito à segurança e à estabilidade das relações jurídicas faz parte do rol dos direitos e garantias individuais, sendo portanto, insuscetível de afastamento mediante emenda à Constituição em razão do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior.

8. Neste ponto para ilustrar essa nossa afirmação queremos trazer à colação, pela clareza e objetividade de raciocínio, as seguintes lições dos doutos constitucionalistas CARLOS AYRES BRITTO E VALMIR PONTES FILHO, em trabalho sobre o tema dos direitos adquiridos e as emendas à Constituição.

De início sustentam os ilustres autores:

“1.1. Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito

adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, (...)”

“1.2. Noutros termos (...) somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo. (...) Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte, no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada;(...)”

“1.3. Nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa da Constituição originária (...) É exprimir: todas as relações possíveis e imagináveis estão à mercê da Constituição e por isso é que se pode ajuizar que contra ela não há direito adquirido.”(Cf. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais, Revista de Direito Administrativo, n° 202, out.-dez. 1995, pp. 75/76)

Daí porque o constituinte originário pôde estatuir - e estatuiu - no art. 17, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que contra o estabelecido naquele preceptivo não há direito adquirido.

9. A seguir, continuam os doutos publicistas:

“2.1. Não é bem isso o que sucede com as emendas à Constituição, que já se encontram a meio caminho do Direito Positivo. Seu órgão de elaboração é destituído da característica de instância exclusivamente normante, exatamente porque já derivado da primária manifestação de vontade normativa daquele que elabora a Constituição.(...)”

“2.2. Pois bem, por não ser possível reconhecer ao órgão de produção das emendas constitucionais a ontologia de um verdadeiro poder constituinte, mas apenas a de um poder reformador, é centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituente. Ele não zera a contabilidade jurídica anterior e daí a compreensão de se

tratar de um aparelho decisório que não tem a força de ignorar de todo a Constituição preexistente, pois somente pode normar nos termos em que pela Constituição mesma já se encontra normado.”

2.3. Daqui se conclui, obviamente, que a permanência ou não de um direito já adquirido é matéria que se equaciona, antes de tudo, à face do originário texto Maior. E não das emendas à Constituição, propriamente. É sempre necessário ver se existe, no assinalho da própria Constituição, um regime específico para o chamado direito adquirido, imune à incidência das próprias emendas.” (Cf. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais, Revista de Direito Administrativo, n° 202, out.-dez. 1995, p76)

Eis, pois, as razões pelas quais o poder de emenda não é exatamente igual ao poder constituinte originário: o primeiro está sujeito às limitações que o segundo lhe impõe (no caso da Constituição de 1988 essas limitações estão positivadas no art. 60, § 4º). Eis, pois as razões pelas quais emenda à Constituição não pode desconstituir direitos e garantias individuais.

10. Tais lições doutrinárias são fortalecidas pela jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição confere a função precípua de guardá-la, e que decidiu, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Emenda à Constituição n° 3 de 1993, que instituiu imposto sobre a movimentação financeira (ADIN 939 - DF), o seguinte:

“I - Uma Emenda à Constituição, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF). (...)” (Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n° 151, *, p. 755 e seg.)**

E o Pretório Excelso firmou, na ocasião, que o § 2º do art. 2º da Emenda n° 3/93 incidiu em inconstitucionalidade ao dispor que não se

aplicaria ao IPMF o art. 150, III, b e VI, da Lei Maior, onde estão estabelecidos os princípios da anterioridade e da imunidade tributária recíproca entre os entes estatais, fundamentando a decisão, respectivamente, no art. 60, § 4º, IV - cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais e no art. 60, § 4º, I - cláusula pétrea da Federação.

Acresça-se que na assentada de que se trata estiveram presentes nove dos onze Ministros do Pretório Excelso, sendo que todos os nove acolheram - uns mais amplamente, outros menos - a tese da possibilidade de inconstitucionalidade de emenda à Constituição.

11. Destarte, em face do exposto até aqui, especialmente ante a decisão do Supremo Tribunal Federal referida, parece-nos temerário desprezar a possibilidade de que algum preceptivo de emenda à Constituição que reforme as bases da previdência social possa vir a ser considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário, se, por exemplo, vier a ferir direito adquirido de segurado.

E especificamente no que diz respeito a direito adquirido à aposentadoria, mesmo a doutrina e a jurisprudência anteriores à Constituição de 1988 reconheciam esse direito.

12. Nesta linha, o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO lecionava, ainda sob o regime da Constituição de 1969 (o ilustre Ministro era então juiz federal), quando os direitos e garantias individuais não estavam consagrados como cláusulas pétreas:

“...as condições de aposentação - proventos e vantagens financeiras - são direitos que o servidor adquire com base na legislação vigente no momento em que tinha condições legais para requerer e exercitar o seu direito.”

(...)

“Destarte, se há reunião de todos os requisitos para aposentar-se, opera-se, de imediato, a aquisição de um direito, irrelevante a circunstância de

“não ter o titular exercido o direito que lhe competia.”
(Temas de Direito Público, Ed. Del Rey, 1994, pp. 440/441)

E, quanto à distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado relacionada ao tema da aposentadoria:

“O Poder Constituinte originário manifesta-se na imposição de nova Constituição, que contém idéia de direito em contradição com a idéia então constitucionalizada. Já o Poder constituinte instituído, ou derivado, cuida tão-só da revisão da obra do Poder Constituinte originário. E por tal razão se diz instituído, porque derivado daquele. Sendo derivado é ele subordinado e condicionado.” *(Temas de Direito Público, Ed. Del Rey, 1994, p. 444)*

Mais adiante:

“Na realidade, o Poder Constituinte instituído é o próprio Poder Legislativo constituído. E o Poder constituído não é o mesmo Poder Constituinte.”
(Temas de Direito Público, Ed. Del Rey, 1994, p. 445)

13. Quanto à jurisprudência forjada anteriormente à Constituição de 1988, quando - repita-se - os direitos e garantias individuais não estavam elevados à condição que a atual Lei Maior os conduziu, cabe recordar aqui o julgamento que culminou com a reformulação da Súmula 359 do Pretório Excelso.

O texto original dessa súmula de jurisprudência, editado sob o regime da Constituição de 1946 firmava:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária.”

A Redação alterada em 14/02/73, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 72.509 - PR passou a ser a seguinte:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”

Quando da reformulação da Súmula 359 se manifestou o relator, eminente Ministro LUÍS GALLOTTI, em texto que ficou assim ementado:

“Se, na vigência da lei anterior, o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão”

14. Naquela ocasião, acrescentou ainda o ilustre magistrado:

“Uma coisa é aquisição de direito: outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o sejam, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar, em cada caso, a dois, ao novo servidor em atividade e ao inativo.”

Ante essa sábia lição do saudoso Ministro LUÍS GALLOTTI, parece-nos de boa prudência que a futura emenda constitucional que reforme o sistema previdenciário contenha - entre outras - regra de transição que deixe explícito que os servidores que tenham reunido os requisitos para a aposentadoria, se aposentarão com os direitos e vantagens previstos na legislação vigentes na data da promulgação da emenda.

Na esteira do ensinamento supra, tal regra de transição, além de garantir direitos do segurado, seria do interesse do erário, pois como bem lembrado, se não estiverem previstas regras de transição, na dúvida é certo que os que tiverem preenchido as condições suficientes requererão suas respectivas aposentadorias, incrementando despesas previdenciárias e gerando despesas com novos servidores da ativa.

15. E com relação especificamente às regras de transição, entendemos que se deve procurar elaborá-las observando dois princípios fundamentais de direito. O **princípio da isonomia** e o **princípio da proporcionalidade ou princípio da razoabilidade**, que se correlaciona com aquele.

O princípio da isonomia, que garante a igualdade de tratamento perante a lei, encontra-se positivado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, na lição de eminentes juristas pátrios, encontra-se agasalhado pelo art. 5º, LIV, da Lei Maior e implica que o devido processo legal de elaboração legislativa abrange obviamente a dimensão formal de feitura das leis, mas também alcança a dimensão material da elaboração legislativa, implicando que as normas editadas não podem ter conteúdo arbitrário ou irrazoável. (Cf. *SUZANA DE TOLEDO BARROS, O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica, 1996. pp. 119 a 125*).

Adende-se que conforme a ilustre autora supracitada registra, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo e aplicando o princípio da razoabilidade das Leis (Cf. *ob. cit. pp. 98 a 125*).

16. Assim, a título de exemplo da aplicação dos princípios em tela, se se decide extinguir a aposentadoria apenas pelo critério de tempo de serviço, mantendo-se apenas a aposentadoria pelos critérios combinados de tempo de serviço mais idade mínima e, pelas razões já acima apontadas, se pretende por um lado, preservar expectativas de direito e, por outro, evitar demandas judiciais propostas sob o argumento do direito adquirido, seria de boa prudência estabelecer regras de transição que levassem em conta o tempo

de serviço exercido pelos segurados até a data da entrada em vigor do novo sistema.

Creemos que regras dessa espécie podem ser obtidas mediante fórmulas matemáticas que possibilitem a quem tenha, por exemplo, sessenta por cento do tempo necessário para a aposentadoria no sistema atual, cumprir quarenta por cento das novas condições necessárias e não todo o novo tempo absoluto implantado.

Por fim, a guisa de conclusão devemos reiterar que a preocupação com a preservação de direitos adquiridos, de direitos em formação, bem como das expectativas de direito tem, no que diz respeito à reforma previdenciária, para além dos fundamentos jurídicos que conforma o cerne do presente trabalho, óbvios fundamentos políticos (*v.g.* a facilitação da aprovação da reforma), também fundamentos sociais (*v.g.* a importância das prestações previdenciárias na renda de milhões de brasileiros e de suas respectivas famílias), bem como os fundamentos econômico-financeiros a que o Ministro LUÍS GALOTTI fazia referência. E quanto a esse último aspecto, uma decisão do Supremo Tribunal Federal garantindo a milhões de aposentados certo direito pecuniário que uma emenda à Constituição tenha intentado afastar pode repercutir muito negativamente sobre as contas públicas. Daí entendermos ser do interesse geral, da estabilidade política, da democracia, da cidadania e, como visto, inclusive do erário, que as emendas à Constituição não firam direitos consagrados pela Carta Magna.

Consultoria Legislativa, em 06 de março de 1997

FERNANDO TRINDADE
Consultor Legislativo

ADENDO

PRECEDENTES DE REGRAS DE TRANSIÇÃO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

- A Constituição de 1967 restringiu direitos dos servidores públicos no tocante à aposentadoria (art., 101, § 3º). Entretanto, o seu art. 177, § 1º, garantiu ao servidor que já estivesse satisfeito ou viesse a satisfazer no prazo de um ano (24/01/68) as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data da promulgação daquela Carta a aposentadoria com os direitos e vantagens previstos naquela legislação.

- O Decreto-lei nº 72/66, que unificou os institutos de aposentadoria e pensões e criou o Instituto Nacional de Previdência Social, estabeleceu, no seu art. 39, que aquela unificação não alteraria a situação dos então segurados que fossem filiados a mais de um instituto, quanto ao regime de contribuições e às prestações a que tinham direito.

- A Lei nº 5.890/73, que procedeu a extensa e profunda reformulação da legislação de previdência social então vigente, dispunha no seu art. 29 que o chamado “regime de abono de permanência”, pelo qual os aposentados que retornassem à ativa tinham suspensas as suas aposentadorias e passavam a perceber um abono no valor de cinquenta por cento daquelas, não se aplicaria - salvo manifestação em contrário do interessado - aos já aposentados, bem como aos que tivessem preenchido os requisitos e requerido as respectivas aposentadorias.

- A Constituição de 1988, no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que os benefícios de prestação continuada mantidos pela previdência na data da promulgação da Constituição teriam seus valores revistos a fim de que fosse restabelecido o poder aquisitivo originário, expresso em número de salários mínimos, que tais benefícios tinham na data de sua concessão - corroídos pela desvalorização da moeda - até a implantação do plano de custeio e benefícios. (Essa regra teve eficácia, parcialmente, com o advento da Lei nº 8.213/91 - art. 144)